

CONTESTAÇÃO DA PATERNIDADE

FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA*

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará,
Vice-Presidente da Seção Cearense da Ordem dos Advogados do Brasil*

O art. 364 do Código Civil pontifica que não se pode atribuir filho ilegítimo à mulher casada nem filho incestuoso à mulher solteira.

Filho ilegítimo é aquele contraído fora do leito conjugal, isto é, fora do casamento, e filho incestuoso é o resultante de incesto (filho de irmãos, ou de pai e filha, por exemplo).

A tal dispositivo deve-se juntar o contido nos arts. 317, 338 e 340 do mesmo já referido diploma legal, de onde decorre a regra da presunção da paternidade, segundo a qual o filho da mulher casada tem como pai o marido de sua mãe.

A conjugação desses preceitos legais traz insita em si a preocupação do legislador em oferecer proteção a maternidade, tendo-a como instituição sagrada, protegendo a mulher casada do desconforto de ter contra si proposta uma ação que a tenha por suspeita de ter filho adulterino.

Assim, o pai do filho da mulher casada é o marido dela; este é um "anátema que há séculos pesa sobre a filiação, que o romano qualificava de mistério no célebre brocardo *mater semper certa est, pater incertus*", (a maternidade é certa, a paternidade é incerta, ou presumida), na observação feliz do Min. Silvio de Figueiredo (REsp D.4.987-RJ).

Esta regra de imputar sempre (salvo raríssimas exceções — raríssimas, mesmo) a paternidade ao marido, afastando, assim, a maternidade adulterina, é tão forte em nossa legislação e, por decorrência, na aplicação da lei pelos nossos tribunais, que (a) mesmo

comprovado o adultério da mulher casada; (b) mesmo sendo obtida a confissão do adultério pela própria adúltera; (c) mesmo a mulher casada confessando em juízo que o seu filho é de outro homem, que não o seu marido — mesmo diante de todas essas evidências — o filho da mulher casada continua, pelo Código Civil, sendo também tido como filho do seu marido.

Note-se que a confissão, em regra, é a prova mais contundente que se pode obter contra alguém em juízo, mas, pelo contido no nosso Código Civil, não é ela bastante, por si mesma, para elidir, para afastar, a paternidade do marido.

É que o legislador civil pretendia, com isso, afastar confissões coagidas ou raivosas, dessas prestadas pela mulher, por vingança ou capricho, para afetar a honorabilidade do seu marido.

Ademais, a ciência não fornecia meios efetivos e acreditados com os quais pudesse ser provada a paternidade, vale dizer, não havia nenhum exame de que se pudesse extrair a afirmação convencida de que "Fulano é pai de Beltrano", mas, quando muito, a pálida e de pouca valia informação "Fulano pode ser pai de Beltrano", isto é, o mais que se obtinha era incluir o suspeito na cinzenta zona da possibilidade de ser o genitor.

É importantíssimo ter-se em conta, todavia, que o Código Civil remonta ao início do século (1916), quando outras eram as realidades sociais, as experiências vivenciadas, outro era o papel a que a mulher se destinava, como de igual sorte, outro era o estágio em que a ciência se encontrava.

Hoje, no entanto, a Constituição Federal recente, tornando regra escrita o que é presenciado na realidade social, apregoa a absoluta igualdade entre o homem e a mulher, igualmente a Lei Maior assegura à criança o direito à dignidade e ao respeito; e a ciência já permite

comprovar a paternidade valendo-se de técnicas e exames avançados, com uma margem ínfima de erro.

Atento a essas novas verdades, já se percebe uma lúcida inquietação de muitas juristas em adequar as normas antigas e superadas do Código Civil, no que pertine ao Direito de Família, às presentes realidades sociais, bem como aos novos princípios constitucionais.

Prestigiando esta nova tendência e dela sendo mesmo um arauto, o Min. Sálvio de Figueiredo, com o peso de sua autoridade de Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor de Direito de Família da UnB, no REsp 4987-RJ, proferiu elucidativo e revolucionário voto no sentido de possibilitar, ao marido que registrara, como sua, filha que sua mulher tivera na constância do casamento, a promover uma "ação negatória da paternidade" em que pretendia anular o registro que fizera, já que sua mulher lhe dissera que a filha era de outro homem.

Entendeu aquele honrado magistrado que

o fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manietar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpitante, à qual o novo Direito de Família, prestigiado pelo constituinte de 1988, busca adequar-se.

O subprocurador-geral da República que atuara no feito, Prof. Osmar Brima, em bem lançado parecer, leciona que "saber a verdade sobre a sua paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar". A menor, nestes autos, tem o legítimo e sagrado direito de obter a verdade sobre a sua paternidade. E será injusto e cruel privá-la de usar todos os recursos possíveis na busca dessa verdade por frio apego a ritos e formas processuais.

Destaca, com acuidade, que "ninguém pode negar as enormes mudanças sociais e de comportamento das pessoas ocorridas desde a promulgação do Código Civil de 1916 até esta data".

A seguir arremata dizendo que

certamente, nenhum julgamento conseguirá apagar as marcas psicológicas dos fatos veiculados nestes autos. Certamente, a prova da paternidade jamais é absoluta. Certamente, existe uma presunção relativa da paternidade da criança em questão. Certamente, o julgamento do processo definirá, definitivamente, os direitos patrimoniais e sucessórios. Mas é função primordial da Justiça velar para que ela própria não contribua para agravar os traumas que a vida e os pais da criança lhe impuseram.

São do Min. Sálvio essas reflexões magistrais segundo as quais

a vida, enfatizam os filósofos e sociólogos, e com razão, é mais rica que nossas teorias. A jurisprudência, com o aval da doutrina, tem refletido as mutações do comportamento humano no campo do Direito de Família. Como diria o notável De Page, o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida.

Adverte que

o Direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil.

Observa, ainda, que

indo além dos contrafortes dos métodos tradicionais, a hermenêutica dos nossos dias tem buscado novos

horizontes, nos quais se descortinam a atualização da lei (Couture) e a interpretação teleológica, que penetra o domínio da valoração, para descobrir os valores que a norma se destina a servir, através de operações da lógica do razoável (Recasêns Siches).

Pondera que

se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando *contra legem*, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum. Como afirmou Del Vecchio, a interpretação leva o juiz quase a uma segunda criação da regra a aplicar.

Invocando Orosimbo Nonato, relembra que se deseja,

para o juiz moderno, quase que a função de legislador de cada caso, e isso se reclama exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém.

Deflui, desses ensinamentos, que já não é tão inexpugnável a possibilidade de o marido contestar (além das restritas hipóteses que o Código Civil expressamente sempre admitiu) a paternidade do filho de sua mulher, vez que a construção pretoriana que já se esboça, com respaldo constitucional, aproxima-se da realidade vivenciada, dando nova roupagem a anacrônicos dispositivos legais, para revigorá-los, permitindo-se, assim, a substituição da verdade ficta pela verdade real.